



プロフェッショナルの働き方と契約，労働者性

鎌田 耕一
(東洋大学教授)

I プロフェッショナルとは誰か

欧米では古くから医師，弁護士，聖職者はプロフェッションである。わが国では，公認会計士，司法書士，税理士，建築家など「〇〇士」という資格をもち相談業務等に従事している者（いわゆる士業）がプロフェッションであることに異論がないであろう。

イギリスでは，専門職業を意味する「プロフェッション」(profession)を有する者という意味で「プロフェッショナル」(professional)という言葉が用いられる¹⁾。ドイツでは，プロフェッションに相当するものとして「自由業」(der freie Beruf)という言葉が用いられる²⁾。いずれも，通常の職業と区別された高度に専門的な職業として，社会的に認知されている。

「プロフェッショナル」という言葉は，わが国ではおおむね「専門家」の概念に相当するが，どのような人を指すのか必ずしも明確ではない。いわゆる自由業，ジャーナリスト，学校教師³⁾などもまたプロフェッショナルと呼ばれる。

自由業の範囲もあいまいで，かつて，公正取引委員会事務局が作成した自由業のリスト⁴⁾には，医療関係では医師，歯科医師，歯科技工士，薬剤師，助産婦，獣医，あんま，マッサージ師，指圧師，はり・きゅう師，法律業務では弁護士，公認会計士，税理士，弁理士，司法書士，行政書士，社会保険労務士，建設関係では建築士，測量士，不動産鑑定士，土地家屋測量士，海事関係では海事代理人，水先人，芸能・スポーツ関係では，諸芸術師，芸術家，タレント，職業運動家，ガイド，通訳，速記者があげられていた。

このリストは，広範な職業人を包含しているが，はたして，プロフェッショナルと通常の職業人との境界線はどこに引かれるのだろうか。様々な文献をみると，プロフェッションの特徴としておおむね以下のような指標があげられる⁵⁾。

第一の特徴として，その職に従事する準備段階において，一般の職業とは異なる高度に専門化した長期の教育研究と濃密な技能訓練が施される。例えば，医師は6年間の大学教育に加え，2年間の臨床研修が必要である。

第二の特徴として，厳格な資格試験の合格が求められ，合格者は資格登録が行われる。なかには無資格者をその業務から排除する業務独占が認められている。例えば，無免許医業に対し3年以下の懲役または100万円以下の罰金，非弁護士の法律事務取扱に対して2年以下の懲役または100万円以下の罰金が科される。

第三の特徴として，プロフェッショナルには，高い職業倫理に裏打ちされ，かつ依頼者との信頼関係に基づいた高度に専門的な判断が求められる。

第四に，プロフェッショナルはその社会的地位が高く，同種の職業資格保有者が団体を形成し，職業倫理の保持に努めている。医師会，弁護士会のほか，いわゆる士業に従事する人たちがそれぞれ団体を組織している例が多い。

上記の特徴は，医師，弁護士などにはよくあてはまるが，他方で，プロスポーツ選手，芸能実演家，学校教師などにはうまく適合しない。

結局，プロフェッショナルは，医師，弁護士などをコアとして，その周りにいわゆる士業に従事する人たちがいて，さらに，その周辺にプロスポーツ選手，芸能実演家などの高度な職業人が取り囲むという形で存在するといえよう。そして，その周辺に位置する職業人がプロフェッショナルであるかどうかは，上記の特徴の充足度合いをみながら個別に判断するほかない。

II プロフェッショナルの働き方

プロフェッショナルの働き方は，個々の職業ごとに多様であるが，一般的には次のような特徴を見いだすことができる⁶⁾。

まず，プロフェッショナルの仕事が専門的知識，技能に裏打ちされたサービスの提供であることは当然であるが，さらに，運送，自動車教習などのサービスと比べると，プロフェッショナルは依頼者の要望に柔軟に対応することが求められる⁷⁾。その結果，その業務内容は多岐にわたる。例えば，弁護士活動だけをとっていても，法廷での訴訟活動にとどまらず，訴訟外の示談交渉，契約書作成，法律相談，各種の書類作成，総合的な会社業務の指導など広範囲にわたる⁸⁾。

つぎに，プロフェッショナルは自分で業務を遂行

し、他の者に代替させないことが原則となる。業務遂行者に対する依頼者の信頼が不可欠だからである。もちろん、プロフェッショナルが自分以外の者を履行補助者として用いる場合もあるが、それは依頼者の了解があつてはじめて可能となる⁹⁾。

第三に、依頼人が業務の成果・内容について一定の指図をするとしても、業務遂行の方法はプロフェッショナルの裁量に委ねられる。すなわち、プロフェッショナルの働き方としては、相当の裁量をもって独立して業務を遂行することが原則となる。ただ、この点では、依頼者である企業がプロフェッショナルに対して業務方法に指示を与える場合もあり、そうした場合、後述するように、労働者性の問題が生ずる。

第四に、プロフェッショナルは、一定の職業倫理に基づき責任ある態度をもって、業務を遂行しなければならない。依頼人の指図が不適切であったり、違法なものである場合には、プロフェッショナルは適切に助言しなければならない。これが聞き入れられない場合は、そうした要求を拒否することが求められる。公益性、公共性が強く意識される職業であるといえよう。

以上のように、プロフェッショナルの働き方としては、顧客志向性、自ら業務を執行するという意味での業務の非代替性、業務遂行における独立性、そして、職業倫理性が特徴としてあげられる。

Ⅲ 法律に規定されたプロフェッショナル

すでに述べたように、現代社会において、いかなる者がプロフェッショナルかあいまいであるが、法律は一定のプロフェッショナルを取り出してその働き方を規定している。

医師法、弁護士法、司法書士法、税理士法、公認会計士法、建築士法などの法令は、医師、弁護士等の資格要件を厳密に定め、この法律上定義されたプロフェッショナル（これを仮に法定のプロフェッショナルと呼ぶ）に職業上の独占権を与え、無資格者をその業務から排除している。

これと引き替えに、法定のプロフェッショナルに対し、法令を遵守し公正に職務を執行すべき義務その他の公益に奉仕すべき義務を課している。こうした法令が存在すること自体にプロフェッションとしての社会的身分が示されているといえよう。逆に言うと、こうした法令の対象とされていない職業人は、プロフェッションとしての社会的地位がなお脆弱な面があるともいえる。

俳優、音楽家等の芸能実演家が高度に専門的な技能を有することは明らかであるが、プロフェッションと

しての社会的地位は必ずしも認知されていなかった。こうした状況に対して、社団法人日本芸能実演家団体協議会（芸団協）は、文化芸術に関する活動を行う者の自主的な活動の促進を国の基本方針とするよう長く働きかけてきた。こうした運動の成果として、2001年、文化芸術振興基本法が制定され、芸能実演家のプロフェッションとしての社会的地位が認知されたのであつた¹⁰⁾。

もつとも、法定のプロフェッショナルは、プロフェッショナルの世界の一部にすぎない。プロフェッショナルの法的性質を一般的に検討するために、プロフェッショナルの契約をみてみよう。

Ⅳ プロフェッショナルの契約

プロフェッショナルの契約は、契約書の記載をみると、診療契約、弁護士契約、出演契約、税理士顧問契約など様々であるが、全体としてみれば、サービス（役務）提供を目的としている。

民法は、役務提供を目的とする契約として、雇用、請負、委任の三つの類型を特別に規定している。その特徴をごく簡単にいえば、雇用とは労働者が使用者に対して労務を提供する契約であり、請負とは注文者の依頼を受けた仕事を完成する契約であり、委任とは代理行為や委任を受けた事務（業務）の処理を目的とする契約である。

さて、上記のようなプロフェッショナルのサービス契約はこのどれに当たるのだろうか。この間に答えるためには、雇用、請負、委任の区分をめぐる議論をみておく必要がある。

明治23（1890）年に制定された旧民法（フランス人法律家ボアソナード起草による民法）は、医師、弁護士、学芸教師のような高級労務を雇用契約の対象外とする規定を置いていた。これは、旧民法が、高級労務を雇用の対象から除外するローマ法の伝統を受け継いだからである。

ところが、旧民法は、有名な法典論争の結果廃止され、その後、明治29（1896）年に公布された現行民法は、高級労務を雇用から除外する規定を削除した。これによって、民法は、医師、弁護士、学校教師を被雇用者とした。しかし、私立学校の設立者が校長を解約した事案において、第二審が校長の契約を雇用契約だとしたのに対して、戦前の最高裁である大審院（大判昭14・4・12民集397頁）は、これを準委任契約だとしたのである。高度な職業人の契約については、学説、裁判所になお雇用か委任か迷いがあつたといえよう。

他方、わが国の最初の労働法である「工場法」が明治44(1911)年に公布される。工場法が適用されるのは「職工」であるが、これは工場主との間に支配従属関係がある労働者を意味していた。また、戦前における労働組合法の立法化に際して、俳優、音楽家、学校教師等が労働者に当たるか、帝国議会において議論が繰り返される¹¹⁾。

弁護士、医師等の高級労務を目的とした契約の法的性質について、はじめて明確な指針を与えたのは、戦後における民法の大家であった我妻栄であった。我妻は、使用者の指揮命令に服する者のみが雇用契約の当事者(労働者)であり、相当な裁量をもって独立して事務を処理する者には(準)委任契約法が適用されるとしたのである。

この見解が出現して以降は、従属的な労務提供は雇用・労働契約が、独立的なサービス提供は委任契約が取り扱う領域とされている。プロフェッショナルの特徴の一つは業務遂行上の独立性にあるから、プロフェッショナルの契約は、通常は委任ないし準委任とみられる¹²⁾。

ただし、そうはいつても、職業の種類、就業の実態、専門性・独立性の程度に照らして、個々のプロフェッショナル契約が請負、雇用その他の契約と評価できる場合もある。例えば、建築家の行う業務は主に設計および工事監理であるが、注文者との契約の法的性質については、請負契約と解するものと準委任契約と解するものが対立している状況にある¹³⁾。

V プロフェッショナルの義務

民法644条は、受任者が、委任の本旨に従い、善良の管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務を負うと規定している。プロフェッショナルは、依頼内容の実現にあたっては善良なる管理者として、専門的知識・技能に裏打ちされプロフェッショナルへの信頼に応えるのにふさわしい「高度な注意義務」が課せられる。

高度な注意義務の水準は、関連法令および実務に通曉した標準的なプロフェッショナルに期待される注意義務の程度が基準となる¹⁴⁾。

例えば、医師はその治療行為について医師としての標準的な注意義務が課せられることになる。医療過誤訴訟における医療水準について、最高裁は、医師は診療に際して危険防止のために経験上必要な最善の注意義務を負担し、医師は治療当時の平均的な医師の医療慣行を実施していれば免責されるというものではないとしている(東大輸血梅毒事件・最判昭36・2・16民

集15巻2号244頁、最判平8・1・23民集50巻1号1頁)¹⁵⁾。

また、プロフェッショナルは、依頼者から信認を受けて裁量的に判断するという意味での「忠実義務」を負うとされる¹⁶⁾。専門家はもっぱら依頼者の利益を図るべきで、第三者または自己の利益を図ってはならない。忠実義務違反としては、利益相反行為型と不誠実型に分けられる。

利益相反行為の例としては、医師が白血病患者の治療に当たって、患者の脾臓細胞組織が研究上興味あるものであり、その培養によって大きな金銭的利益が得られるという事情があるという場合を例にとると、そのような場合には医師個人の利益と患者の利益が相反しているので、医師は利益相反の事実を開示しないで、治療行為として脾臓組織を切除したときは、忠実義務違反があるとされる¹⁷⁾。

不誠実型の例としては、弁護士の和解において、依頼者の希望とかけ離れた解決金で和解する場合があげられる(東京地判昭40・4・17判例タイムズ178号150頁)。

VI プロフェッショナルの労働者性

企業がプロフェッショナルを労働者として雇用し、専門的業務を彼らに委ねることはよく見られる。医師であれば勤務医、弁護士であれば社内弁護士がそれである。こうした場合、プロフェッショナルの職業倫理上の問題はあっても、労働者性は明確である。

他方で、プロフェッショナルが一般人と契約を結ぶ場合にその労働者性が問題となるケースはほとんどないといえよう。しかし、企業がプロフェッショナルにその事業の一部を委ねているケースでは、契約形式上は準委任契約または請負契約の形態をとっているとしても、実態として労働契約ではないかと疑われる場合が見受けられる。いくつかの例をあげてみよう。

まず、研修医の労働者性が争われた事件がある。大学病院の研修医が過労死した事案で、最高裁は、研修医が大学病院が定めた時間及び場所において、指導医の指示に従って、病院の患者に対して提供する医療行為等に従事していたこと、病院が研修医に奨学金等として支払っていた金員について源泉徴収まで行っていたという事実などから、当該研修医は大学病院の指揮監督の下で労務の提供をしたものとして、その労働者性を認めた(関西医科大学(研修医)事件・最二小判平17・6・3労働判例893号14頁)。

次に、オペラ合唱団員の労働契約性が争われた事例がある。年間を通じてオペラに出演する内容の基本出

演契約を結んだ合唱団員を雇止めにした事案で、裁判所は、個別契約締結について諾否の自由があり、時間的場所的拘束もオペラ公演に出演する業務の特性から生じるものであるから指揮監督下の労務提供とは言えず、業務内容の中核は講演本番での歌唱であり稽古への参加は従たるものに過ぎないから報酬の労務対価性も肯定できないとして、出演契約は労働契約にあたらなしている（新国立劇場運営財団事件・東京地判平18・3・30労働判例918号55頁）。

ところが、同一の事実関係の下で、合唱団員が所属している労働組合による不当労働行為の申立事件では、最高裁は、合唱団員の労働組合法上の労働者性を肯定している（新国立劇場運営財団事件・最三小判平23・4・12労判1026号6頁）。

プロフェッショナルが労働者であるかどうかは、プロフェッショナルが組織する団体が憲法28条で保障される団結権、団体交渉権、団体行動権の保護を受けるかどうかを判断する基準の一つとなるが、さらに、こうした団体が団体加入者の報酬について統一基準を設ける場合に法的問題を惹起する。独占禁止法は労働組合以外の事業者団体のカルテルを禁止しているからである。プロフェッショナルが加入する団体が最低報酬額を決めて、相手方と統一交渉を行うことは独占禁止法に抵触する可能性がでてくる。

この点については、プロフェッショナルの諸団体が最低就業条件について統一基準を設けることは、その社会的地位の向上のために不合理ともいえないことから、今後、労働組合法上の労働者と事業者との区分についてさらに検討を加える必要がある。

- 1) 飯塚和之「イギリス法における『専門家の責任』」川井健編『専門家の責任』（日本評論社、1993）77頁。
- 2) 浦川道太郎「比較法(2)——ドイツ」専門家責任研究会編『専

門家の民事責任』（別冊NBL No.28）31頁。ドイツについては、マクレランド・望田幸男監訳『近代ドイツの専門職』（晃洋書房、1993）が詳しい。

- 3) 教師のプロフェッション性について、石村善助『現代のプロフェッション』（至誠堂、1969）41～49頁が詳細に論じている。
- 4) 公正取引委員会事務局が作成した自由業リストは、独占禁止法の適用対象となる事業者の範囲について、独占禁止懇話会の資料としたものである。公正取引No.296（1975年）25頁。
- 5) 日本私法学会第58回大会シンポジウム「専門家の民事責任」における西嶋梅治の「総括」（日本私法学会「私法」57号47頁以下）および専門家責任研究会編・前掲注2）書1～2頁の川井健「問題の提起」を参照。
- 6) 西嶋・前掲注5）論文47頁参照。
- 7) 高橋俊介『プロフェッショナルの働き方』（PHP研究所、2012）21頁は、顧客の個別問題を自律的に解決するところにプロフェッショナルの価値があるという。
- 8) 小林秀之「弁護士」の専門家責任」専門家責任研究会編・前掲注2）書77頁。
- 9) 西嶋梅治「総括」専門家責任研究会編・前掲書注2）135頁。
- 10) 芸団協の芸術文化基本法の制定に向けての取り組みについては、芸団協『芸術文化にかかわる法制（資料集）』（2001）2～8頁参照。
- 11) 鎌田「労働者概念の生成」日本労働研究雑誌 No.624（2012）12頁。
- 12) 下森定「専門家の民事責任の法的構成と証明」日本私法学会・前掲誌注5）37頁。
- 13) 森島昭夫「建築家の専門家責任」専門家責任研究会編・前掲注2）書92頁。
- 14) 鎌田薫「わが国における実情」私法57号23頁。
- 15) 医師の注意義務の程度については、東大輸血梅毒事件最高裁判決以来、学説・裁判例がより詳しい検討を行っている。手嶋豊「医療機関に要求される医療水準の判断」ジュリスト民法判例百選Ⅱ（第6版）（2009）163頁参照。
- 16) 能見善久「専門家の責任」専門家責任研究会・前掲注2）書6頁。
- 17) 能見・前掲注16）論文5～8頁。

かまた・こういち 東洋大学法学部教授。最近の主な著作に「個人請負・業務委託型就業者をめぐる法政策」『季刊労働法』241号、2013年。労働法、民法専攻。